

Tribunale di Udine, 13 aprile 2010 – Est. Mimma Grisafi.

Pubblicazione in collaborazione con Unijuris.it

**Derivati OTC – Esecuzione differita o continuata – Sospensione cautelare – Ammissibilità.**

**Operatore qualificato – Dichiarazione del legale rappresentante ex art. 31 reg. Consob 11522/1998 – Valore confessorio – Esclusione – Inversione dell'onere della prova – Dimostrazione dell'assenza di requisiti d'esperienza e competenza in strumenti finanziari – Ammissibilità.**

**Operatore qualificato – Dichiarazione del legale rappresentante ex art. 31 reg. Consob 11522/1998 – Onere dell'intermediario di valutare con diligenza le informazioni in suo possesso e l'operatività del cliente – Sussistenza – Valutazione dell'adeguatezza dell'operazione – Necessità.**

**Derivati OTC – Liquidabilità – Rinegoziazione – Valutazione di rischio.**

*Può essere disposta in via cautelare, ai sensi dell'art. 700 codice procedura civile, la sospensione dell'esecuzione di un contratto avente ad oggetto un'operazione in derivati ad esecuzione non istantanea ma continuata e differita nel tempo che, come tale, si presta ad essere sospesa. (fb) (riproduzione riservata)*

*La semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante ai sensi dell'art. 31 del reg. Consob n. 11522 del 1998, secondo la quale la società dispone della competenza e dell'esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari, non costituisce di per sé dichiarazione confessoria (qualora si esaurisca nella formulazione di un giudizio e non nell'affermazione di scienza e verità di fatti obiettivi), ma comporta un'inversione dell'onere della prova, svincolando l'intermediario dell'obbligo generalizzato di compiere sul punto uno specifico accertamento. Ne consegue che, nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, graverà su chi detta discordanza intenda dedurre, al fine di escludere la sussistenza in concreto della propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la agevole conoscibilità in base a elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente. (fb) (riproduzione riservata)*

*La dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante di società ai sensi dell'art. 31 del reg. Consob n. 11522 del 1998, in ordine alla competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari non esonera l'intermediario diligente dal tenere in debito conto le informazioni in suo possesso e dal verificare in concreto l'adeguatezza delle operazioni poste in essere dal cliente, dovendo sempre confrontarsi tale adeguatezza con la concreta operatività del cliente stesso. (Nel caso di specie, la società ha dimostrato di non avere in realtà competenza ed esperienza tale da potersi definire operatore qualificato e che tale condizione era a conoscenza dell'intermediario che l'avrebbe potuta ricavare dalla documentazione in suo possesso). (fb) (riproduzione riservata)*

*La stipula di contratti derivati over the counter (otc) deve essere valutata con particolare attenzione a causa della loro difficile credibilità che, a fronte di una evoluzione negativa, costringe il cliente alla rinegoziazione. (fb) (riproduzione riservata)*

omissis

Premesso:

- che la società O. DI G. D. & M. N. snc (di seguito O. DI G. D. & M. N. snc) con ricorso ex art. 700 cpc ha richiesto la sospensione dell'esecuzione del contratto quadro sottoscritto in data 21/7/2005 nonché dell'operazione conseguente alla sottoscrizione del modulo d'ordine di data 19/7/06 (ancora in corso), prospettando quale causa di merito l'azione di accertamento di responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale della Banca s.c.a r.l. e del suo funzionario B. A., di nullità e/o annullamento e/o risoluzione di detti atti negoziali, nonché di condanna alla restituzione dell'importo investito e al risarcimento del danno subito;

- che a fondamento della pretesa la ricorrente ha sostenuto, in buona sostanza: di aver sottoscritto nel 2005 un contratto quadro per la conclusione di operazioni in strumenti finanziari derivati "over the counter", impartendo di seguito un primo ordine di acquisto del derivato "Swiss Targe" dell'importo nozionale di euro 300.000,00, successivamente sostituito con altro derivato denominato "Euro RC 5", scadente al 31/7/2011 in relazione ad un importo nozionale di euro 225.000,00; che la società era stata indotta ad eseguire tali operazioni dalle dichiarazioni del funzionario che, da un lato, aveva assicurato che si trattava di operazioni del tutto prive di rischi e dall'altro lato non aveva fornito alcuna concreta informazione sulle natura delle operazioni medesime; che inoltre il funzionario della banca aveva fatto sottoscrivere ai legali rappresentanti della società una "scheda informativa" da cui risultava una "alta propensione al rischio" e la dichiarazione di rivestire la qualità di "operatore qualificato" (ossia di avere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari), circostanze entrambe non corrispondenti al vero; che, in concreto, infatti, la ricorrente, società artigiana di modeste dimensioni, cliente da anni dell'istituto bancario convenuto e quindi nota nella sua operatività, così come i suoi soci, non aveva mai investito prima del contratto in questione in strumenti finanziari e tanto meno in strumenti derivati; che a mezzo dello strumento cautelare d'urgenza la società mirava ad evitare un pregiudizio irreparabile ed imminente, in quanto negli ultimi 10 mesi aveva subito addebiti in conto per effetto di detto ordine per circa 30.000,00 euro e, a causa dell'andamento non favorevole dell'attività, si era trovata senza sufficienti liquidità, tanto da dover chiedere un finanziamento per pagare la tredicesima ai dipendenti e da dover richiedere la rinegoziazione del mutuo.

### **IL CASO.it**

- che si è costituito solo il convenuto istituto bancario, contestando da un lato l'ammissibilità, sotto diversi profili, dello strumento d'urgenza di cui all'art. 700 cpc, e dall'altro, la sussistenza dei presupposti del "fumus boni iuris", per aver adempiuto a tutti gli obblighi informativi prescritti, e del "periculum in mora", rappresentando gli addebiti in conto mere "annotazioni contabili" su un conto attivo e comunque affidato;

ritenuta l'ammissibilità dell'istanza di "sospensione" proposta dalla società ricorrente a mezzo dello strumento cautelare residuale di cui all'art. 700 cpc, non tanto in relazione al contratto quadro che effettivamente, come eccepito dalla resistente, costituisce un mero contratto normativo la cui funzione principale è quella di fissare le regole di future operazioni, quanto piuttosto in relazione all'ordine di data 19/7/2006, in considerazione del fatto che i contratti derivati, in generale, si caratterizzano proprio per il fatto che la loro esecuzione è differita rispetto al momento della loro conclusione. In questo tipo di operazioni, a differenza di quanto avviene nelle consuete ipotesi di mero ordine di acquisto titoli, l'ordine di dar corso al contratto, nel quale - si badi - l'istituto bancario è (ved. doc. 15 di parte resistente) la diretta controparte contrattuale dell'investitore, si configura quale atto negoziale che instaura un rapporto contrattuale a scadenza predeterminata, e ad esecuzione, non istantanea - come dimostrano gli addebiti trimestrali previsti nell'ordine stesso - bensì continuata e differita, e quindi per definizione "sospensibile";

ritenuta l'ammissibilità dello strumento cautelare richiesto, al fine di ottenere la sospensione degli effetti del rapporto "de quo", anche sotto gli altri aspetti contestati da parte resistente, in considerazione del fatto: a) che il suo accoglimento non comporta in realtà l'integrale anticipazione degli effetti della causa di merito (anticipazione peraltro ammissibile); all'esito di detta causa, invero, l'istituto potrà essere condannato alla restituzione di tutti gli addebiti trimestrali già effettuati e al risarcimento dei danni; b) che non appare condivisibile, se inteso in termini generali, l'assunto che l'art. 700 cpc è strumento finalizzato a tutelare solo beni "infungibili". A tale ultimo riguardo basti osservare che in realtà in determinate ipotesi deve ritenersi tutelabile in via d'urgenza anche un bene "fungibile", come un diritto di

credito, ogni qual volta il pregiudizio (o il pericolo di pregiudizio) irreparabile possa essere ravvisato non nella perdita economica in sé, bensì nell'insieme dei riflessi negativi che un determinato evento di natura patrimoniale può proiettare nella sfera del soggetto. Nella fattispecie in esame in concreto la ricorrente ha per l'appunto prospettato un pregiudizio (che verrà esaminato nel prosieguo in tema di "periculum in mora") che potrebbe portare a conseguenze che certamente non potrebbero trovare riparazione con la mera restituzione della somma indebitamente addebitata;

### **IL CASO.it**

ritenuta la sussistenza del "fumus bonis iuris" della pretesa. In particolare si osserva al riguardo:

- che, anche alla luce della più restrittiva recente giurisprudenza di legittimità (ved. Cass. 26/5/2009 n. 12138), la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante (ai sensi dell'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 applicabile all'operazione oggetto di ricorso) che la società dispone della "competenza" ed "esperienza" richieste in materia di operazioni in valori mobiliari, non costituisce di per sé dichiarazione confessoria (qualora si esaurisca nella formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di fatti obiettivi), ma comporta nella sostanza un'inversione dell'onere della prova, svincolando l'intermediario dell'obbligo generalizzato di compiere sul punto uno specifico accertamento;
- che, sempre alla luce della recente sentenza della Suprema Corte, "nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, graverà su chi detta discordanza intenda dedurre, al fine di escludere la sussistenza in concreto della propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la agevole conoscibilità in base a elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente;
- che, all'esito della sommaria istruttoria svolta, ad avviso del giudicante la ricorrente ha fornito la prova della sussistenza di entrambi i presupposti indicati dalla Suprema Corte per il superamento degli effetti della dichiarazione (che consistono nella rinuncia alla applicazione di gran parte della normativa di protezione a tutela del cliente), ossia: a) di non avere in realtà la competenza ed esperienza che presuppone la qualifica di "operatore qualificato" ; b) che tale assenza di qualità in capo alla società ricorrente era a conoscenza dell'istituto bancario o comunque che tale assenza si sarebbe potuta agevolmente ricavare a cura di un diligente intermediario dalla documentazione in suo possesso e dai trascorsi rapporti con il cliente;
- che la ricorrente ha provato in particolare a mezzo di informatori: che la società ed i suoi soci non avevano mai operato (se non in un'unica, quasi contemporanea, analoga operazione con altro istituto, di per sé non rilevante Ved. Cass.24/6/2008 n.17341) in strumenti finanziari di alcun tipo e tanto meno in strumenti derivati; che, proprio in occasione della sottoscrizione del contratto quadro e successivamente degli ordini, i soci avevano ripetutamente chiesto (così dimostrando di non essere a conoscenza di quanto stavano sottoscrivendo) informazioni al funzionario B. A. sulla natura delle operazioni in questione, ottenendo quale risposta, in termini del tutto fuorvianti, l'assoluta mancanza di rischio; che tali operazioni erano state proposte alla ricorrente dallo stesso funzionario dell'istituto convenuto, che di sua iniziativa si era recato a tal fine presso la sede della società, sebbene si trattasse di operazione in derivati tra le più insidiose sul mercato; che la ricorrente, era modesta società artigiana, cliente da anni dell'istituto bancario; che pertanto all'istituto bancario, al quale ogni anno venivano consegnati i bilanci societari, non poteva non essere nota la dimensione e l'operatività della sua controparte contrattuale;
- che anche in ordine alla dichiarazione relativa al profilo di rischio, invocata dal resistente istituto a sostegno, da un lato, della "adeguatezza" dell'operazione e dall'altro, seppur indirettamente, della veridicità della dichiarazione di "competenza ed esperienza" in materia di prodotti finanziari, è pacifico che tale dichiarazione "autoreferenziale" non poteva comunque esonerare l'intermediario diligente dal tenere in debito conto le informazioni in suo possesso e dal verificare in concreto l'adeguatezza delle operazioni poste in essere dal cliente, dovendo sempre confrontarsi tale adeguatezza con la concreta operatività nota del cliente stesso. L'adeguatezza della operazione al profilo del cliente deve essere valutata dall'intermediario, infatti, sulla base delle informazioni assunte ai sensi dell'art. 28 del medesimo regolamento, ma anche "di ogni altra informazione disponibile in relazione ai

servizi prestati"; l'intermediario deve quindi tener conto sia delle caratteristiche soggettive dell'investitore, che delle caratteristiche oggettive dell'operazione e formulare il giudizio di adeguatezza mettendo in rapporto le une con le altre. Nel caso in esame, come detto, nulla deponeva nel senso che la società potesse definirsi soggetto con profilo di rischio alto;

- che sotto il profilo oggettivo va tenuto infine in debito conto la particolare insidiosità, rispetto a tutti i contratti derivati, dell'operazione proposta dal funzionario dell'istituto convenuto in quanto: a) trattasi di operazione in derivati over the counter, ossia al di fuori dei mercati regolamentati; è noto che l'assenza di un mercato rende difficilmente cedibili i prodotti in derivati, con l'effetto che, come nel caso in esame, l'impresa che si trova vincolata a un contratto che si sta evolvendo in senso negativo non ha, di fatto, altro strumento a disposizione che quello di rinegoziare il contratto, non potendolo cedere; b) l'operazione è stata stipulata non con finalità assicurativa o di "copertura", ma a mero scopo "speculativo" (non essendo giustificata dalla necessità di copertura di un rischio di oscillazione di interessi applicati su operazioni di finanziamento in corso), con i connessi dubbi sulla questione se tale contratto "atipico" persegua interessi meritevoli di tutela (ved. Tribunale di Lanciano 6/12/05 in Giur. Comm 2007,II 131 ss);

- che pertanto, trattandosi di operazione certamente inadeguata sotto ogni profilo, oggettivo e soggettivo (come peraltro riconosce lo stesso istituto bancario che ha fatto sottoscrivere ai soci nell'ordine una generica clausola di inadeguatezza) e non potendo essere invocato per quanto sopra detto l'esonero dall'applicazione della normativa di protezione conseguente alla qualifica di operatore professionale, doveva trovare applicazione l'art. 29 comma III (delibera n. 11522) che stabilisce che qualora l'operazione che l'investitore decide di effettuare è "inadeguata", l'intermediario deve informare l'investitore di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora poi l'investitore, nonostante tali "avvertimenti", intenda comunque dare corso all'operazione "gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordine telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute".

- che nel caso in esame la clausola di inadeguatezza sottoscritta dai legali rappresentanti della ricorrente non contiene alcun riferimento alle informazioni ed avvertenze fornite;

- che, al contrario, gli informatori assunti hanno dichiarato che il funzionario dell'istituto, sig. B. A., non aveva fornito alcuna informazione sull'operazione proposta, né in occasione del primo né in occasione del secondo ordine, limitandosi ad assicurare ripetutamente ai soci – il quali (così riferisce l'informatore) avevano esplicitamente fatto presente la loro inesperienza e avevano chiesto chiarimenti - che si trattava di un "investimento" senza alcun rischio; lo stesso successivo funzionario (sig. M.) che, assunto come informatore, ha riferito di essersi recato nel febbraio del 2008 presso la ditta per avvisare il cliente dell'andamento negativo del contratto, non ha saputo riferire in concreto quali informazioni aveva fornito, per quanto si sarebbe trattato di informazioni irrilevanti in quanto fornite quando ormai il contratto era stato stipulato,

### **IL CASO.it**

- che il mancato assolvimento dell'obbligo informativo attivo, da cui deriva la responsabilità dell'istituto bancario per le perdite subite dalla società attrice in conseguenza dell'ordine in questione è senz'altro sanzionabile sul piano risarcitorio. In caso di mancata conoscenza delle reali caratteristiche dell'operazione posta in essere e dei rischi connessi all'investimento effettuato, soprattutto in ipotesi di operazione non adeguata, deve presumersi, sino a prova contraria, che la perdita sia in nesso causale con l'operazione, in quanto atto negoziale non adeguatamente meditato, ossia compiuto senza la necessaria consapevolezza. Opinare diversamente, ossia esigere una rigorosa prova del nesso causale tra la mancata informazione e il danno cagionato dall'operazione, significherebbe invero, onerare il cliente di una "probatio diabolica" che finirebbe per svuotare completamente di contenuto la normativa posta a tutela dei suoi interessi.

ritenuto che deve ritenersi sussistente altresì il presupposto del "periculum in mora" in quanto deve osservarsi :

- che è infondato il rilievo dell'istituto che non vi sarebbe alcun pregiudizio per la ricorrente per il fatto che si tratterebbe di mere "annotazioni contabili delle poste maturate", essendo evidente, ad avviso del giudicante, che trattasi di annotazioni conseguenti a veri e propri addebiti in conto (così peraltro definiti dallo stesso istituto nei vari estratti conto che inviava alla cliente) di somme che, nel momento in cui superino le disponibilità di conto, ovviamente

comportano un c.d. "giro a sofferenza" della posizione;

- che la ricorrente è una modesta società artigiana e che nel periodo da gennaio 2009 a gennaio 2010 sono stati addebitati sul conto alla stessa intestato ben 40.000,00 euro;

- che dalle informazioni assunte è emersa la prova: che a novembre 2009 "la società e i soci non avevano la disponibilità finanziaria per versare gli acconti sulle imposte"; che la società ha dovuto chiedere un finanziamento di euro 20.000,00 per riuscire a pagare le tredicesime ai dipendenti; che sempre nel 2009 ha dovuto "rinegoziare" il mutuo contratto il 27/3/08 in modo tale da sospendere la restituzione del capitale; che a novembre del 2009 si è trovata in un momento di particolare tensione finanziaria;

**IL CASO.it**

- che tale situazione di tensione finanziaria, qualora proseguissero gli addebiti in conto, potrebbe aggravarsi con concreto pericolo di segnalazione della società alla Centrale Rischio, con le conseguenti notorie ripercussioni nei rapporti con il mondo bancario, verso il quale la ricorrente risulta essere già notevolmente esposta.

Ritenuto pertanto che sussistono tutti i presupposti per l'accoglimento del ricorso e riservate le spese al giudizio di merito, trattandosi di pronuncia che ha un effetto anticipatorio solo parziale;

P.Q.M.

in accoglimento del ricorso ordina a parte resistente di sospendere l'esecuzione (ed i relativi addebiti e accrediti) dell'operazione conseguente alla sottoscrizione dell'ordine di data 19/7/2006 di cui è causa.

Spese riservate al giudizio di merito.

Udine, 13/4/2010